Das Regreßrecht des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Kurt Sicker

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545317_0058

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erstes Kapitel.

Das Regreßrecht des Bürgen im allgemeinen.

§ 1. Voraussetzungen und Rechtsgrund des Regreßrechtes 2
§ 2. Die juristische Konstruktion des gesetzlichen Forderungsüberganges 4
§ 3. Die Geltendmachung des Regreßrechtes 9

Zweites Kapitel.

Das Regreßrecht des Bürgen bei Teilleistung vor Konkurseröffnung.

§ 4. Die Stellung des Gläubigers im Falle des § 68 KO. 12
§ 5. Die Beteiligung des regreßberechtigten Bürgen am Konkurse des Hauptschuldners neben dem Gläubiger 15

Drittes Kapitel.

Das Regreßrecht des Bürgen bei Teilleistung nach Konkurseröffnung.

§ 6. Die Rechte des Gläubigers im Falle des § 68 KO. 24
§ 7. Die Geltendmachung des Regreßrechtes neben dem Gläubiger . . 28

Viertes Kapitel.

Die Rechte des Bürgen gegen die Konkursmasse des Hauptschuldners bei noch nicht erfolgter Zahlung.

Schlußwort 38

Literaturverzeichnis.

Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. 7. Jahrg.

Bendix, Teilleistung des Bürgen, Konkurs des Hauptschuldners. Im Recht Bd. 14 S. 686 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1898.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.

Dabelow, Die Lehre vom Konkurse der Gläubiger. 1801.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 2. 1899.

Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband-Staub.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 1904.

Goldschmidt, Teilzahlungen von Solidarschuldnern usw. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 14 S. 397—441.

Goldschmidt, Bürgschaft und Teilzahlung. In Jherings Jahrbüchern Bd. 26 S. 345—398.

Goltdammer, Kommentar zur preußischen Konkursordnung. 1858.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.

Herms, Die Bürgschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1900.

Jaeger, Die Konkursordnung, erläutert von Jaeger. 1902.

Juristische Wochenschrift.

Koch, Die preußische Konkursordnung, herausgegeben mit Kommentar. 1855.

Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 1903.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Reichsgerichtsräten. 1910.

Ladenburg, Mitschuldner in Gant. In der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 233 ff.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1904.

Leonhard, R., Die Gesamtschuldner im österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuche. In der Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgem. Bürgerlichen Gesetzbuchs v. 1. 6. 1911 Teil 2.

Materialien, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, herausgegeben von Hahn. Bd. 4.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, amtliche Ausgabe. 1888.
Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. 1. 1891.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1900.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1907.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Reichel, Die Schuldmitübernahme. 1909.
Roth, Das Rückgriffsrecht des Bürgen. Diss. Rostock 1903.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1901.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte: Allgemeiner Teil. 1900.
Schweppe, Das System des Konkurses der Gläubiger. 1812.
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der höchsten Gerichte.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 1908.
Striethorsts Archiv für Rechtsfälle.
Vischer, Der Rückgriff des Bürgen. In der Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd. 7 Neue Folge S. 1—67.
Willenbücher, Die Reichskonkursordnung. 1896.
Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. 1896.

Einleitung.

Die vorliegende Abhandlung soll zur Klärung einer Frage beitragen, die lange Zeit hindurch äußerst strittig war und zum Teil noch strittig ist. Es handelt sich um die Geltendmachung des Regreßrechtes des Bürgen in dem besonderen Falle, daß der Hauptschuldner in Konkurs geraten ist und der Gläubiger, der vom Bürgen nur Teilleistungen erhalten hat, sich mit seiner Restforderung ebenfalls am Konkursverfahren beteiligt. Es ist zwar über das Rückgriffsrecht des Bürgen eine reiche Literatur vorhanden, aber gerade diese Frage ist sehr wenig erörtert worden. Soweit mir bekannt geworden ist, befassen sich nur vier kurze Abhandlungen eingehender damit. Auch in der Praxis ist diese Frage verschieden beantwortet worden, und erst seit einer Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts herrscht hierüber in der Rechtsprechung der höchsten Gerichte einigermaßen Einhelligkeit.

Erstes Kapitel.

Das Regreßrecht des Bürgen im allgemeinen.

§ 1.

Voraussetzungen und Rechtsgrund des Regreßrechts.

Der Sicherung des Gläubigers bei Kreditgeschäften dient vor allem das Institut der Bürgschaft. Diese ist ein Vertrag des Gläubigers mit einem Dritten, dem Bürgen, wobei der Schuldner als Partei nicht beteiligt ist, wenn auch der Abschluß des Vertrages meist auf seine Veranlassung zurückzuführen sein wird. Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger, für die Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners einzustehen (vgl. § 765 Abs. 1 BGB.).

Der Gläubiger, dem sich für seine Forderung ein Dritter verbürgt hat, muß in der Regel zunächst den Hauptschuldner in Anspruch nehmen. Hält er sich dagegen zuerst an den Bürgen, so kann dieser die Befriedigung des Gläubigers so lange verweigern, bis letzterer eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (§§ 771, 772 BGB.). Dieses Recht macht der Bürge durch die sogen. „Einrede der Vorausklage“ (beneficium excussionis sive ordinis) geltend. In vielen Fällen verzichtet jedoch der Bürge beim Abschluß des Bürgschaftsvertrages auf diese Einrede; man spricht dann von einer „selbstschuldnerischen Bürgschaft“. Außerdem darf der Bürge in einigen Fällen auch kraft Gesetzes diese Einrede nicht geltend machen (vgl. § 773 BGB.). Hier steht es somit im Belieben des Gläubigers, ob er nach Fälligkeit der Forderung zunächst den Hauptschuldner oder den Bürgen belangen will, dem er dann nicht mehr nachzuweisen braucht, daß er ohne Erfolg versucht habe, Erfüllung vom Hauptschuldner zu erlangen.

Hat nun der Bürge den Gläubiger befriedigt, so kann er das, was er an den Gläubiger hat leisten müssen, von dem Hauptschuldner ersetzt verlangen, er kann Rückgriff gegen den Hauptschuldner nehmen. Dieses Regreßrecht kann auf einem Rechtsgeschäft beruhen, wenn zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ein geeignetes Vertragsverhältnis besteht. Hat sich der Bürge z. B. im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt, so kann er seinen Regreßanspruch auf dieses Innenverhältnis stützen; seine Forderung stellt sich als eine actio mandati contraria im Sinne des § 670 BGB. dar. Aber abgesehen von einem solchen Innenverhältnisse steht dem Bürgen stets eine auf Gesetz beruhende Regreßforderung zu. Hierüber bestimmt § 774 BGB.: „Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über".

Der Grund für diese gesetzliche Bestimmung ist folgender [1]): Das Gesetz will dem Bürgen, der von dem zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner geschlossenen Rechtsgeschäft meistens keinen Vorteil hat, in dem gesetzlichen Forderungsübergange ein Mittel geben, wodurch er leichter seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner nehmen kann. Dies ist besonders in den Fällen wichtig, wo zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner kein Innenverhältnis besteht, auf das der Bürge seinen Regreßanspruch stützen könnte. Dies entspricht auch der Billigkeit um so mehr, als der Gläubiger von seiner Forderung gegen den Hauptschuldner insoweit keinen Gebrauch mehr machen könnte, als ihn der Bürge befriedigt hat. Auf diesem Standpunkte beruhte schon das römische Recht, das dem Bürgen aus dem beneficium cedendarum actionum eine exceptio doli gegen die Klage des Gläubigers gewährte, wenn dieser nicht bereit war, ihm die Forderung gegen den Hauptschuldner abzutreten. Eine Modifizierung enthält das preuß. allgem. Landrecht; hier tritt der Bürge, der nicht wider den Willen des Hauptschuldners die Bürgschaft übernommen und den Gläubiger befriedigt hat, von Rechts wegen in die Rechte des Gläubigers gegen den

---

[1]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 138.

Hauptschuldner ein, er kann jedoch auch ausdrückliche Abtretungserklärung vom abgefundenen Gläubiger verlangen (vgl. ALR. I, 14 §§ 338, 339). Auch nach heutigem Recht geht die Forderung des Gläubigers, soweit er von dem Bürgen befriedigt worden ist, ipso iure auf letzteren über, selbst dann,[2]) wenn der Bürge kraft eigenen Rechts auf Grund eines Innenverhältnisses einen Regreßanspruch hat. Der Bürge hat dann die Wahl, welchen Anspruch er geltend machen will.[3])

§ 2.

Die juristische Konstruktion des gesetzlichen Forderungsüberganges.

Es sei im Anschluß an die vorhergehenden Erörterungen hier die Frage behandelt, wie der gesetzliche Forderungsübergang juristisch zu konstruieren sei. Einige in der Literatur vielfach vertretene Konstruktionsversuche führen zu dem Widerspruch, daß eine Forderung, die durch Leistung erloschen ist, gleichzeitig mit der Leistung auf den Leistenden übergehe. Dieses Resultat beruht nach ihnen darauf, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erlischt, wenn der Bürge leistet. Um diese Tatsache mit der Bestimmung des § 774 BGB. in Einklang zu bringen, mußte man der juristischen Konstruktion Gewalt antun, und man wählte verschiedene Umwege, schließlich auch die beliebte Fiktion. So hat man[1]) in der Befriedigung seitens des Bürgen und in dem gesetzlichen Forderungsübergange einen entgeltlichen Erwerb der Forderung erblicken wollen. Der Bürge, der den Gläubiger befriedige, habe gewöhnlich nicht die Absicht, den Hauptschuldner zu befreien, sondern selbst als Gläubiger in das Schuldverhältnis einzutreten. Dieses ist die sogen. „Einlösungszahlung", wie sie Strohal[2]) bezeichnet. Demgemäß ginge die Forderung gegen

---

[2]) vgl. Staudinger § 774 Anm. 1.
[3]) vgl. ERG. Bd. 59 S. 209.
[1]) vgl. Roth S. 43.
[2]) vgl. DJZ. 8. Jahrg. S. 373.

den Hauptschuldner nicht unter, sondern auf den Bürgen über. Auch der 2. Entw. § 676 beruhte nach den Motiven[3]) auf der Unterstellung, daß der Bürge nicht solvendi causa, sondern in der Absicht, die Forderung des Gläubigers zu erwerben, leiste, so daß diese Forderung trotz der Befriedigung des Gläubigers bestehen bliebe. Wenn dieser Erklärungsversuch auch nicht ganz zu verwerfen ist, so ist er mindestens sehr gesucht und unnatürlich. Denn der Bürge leistet doch nur, weil er aus dem Bürgschaftsversprechen dazu verpflichtet ist, und seine Leistung erscheint deshalb sowohl als Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung als auch als Erfüllung des Zwangskaufes. Nach andern beruht der gesetzliche Forderungsübergang lediglich auf einer Fiktion. So sagt Planck,[4]) daß der Bürge in der Regel das Recht habe, Rückgriff gegen den Hauptschuldner zu nehmen. „Um ihm dieses Recht zu sichern, wird angenommen, daß die Forderung des Gläubigers nicht erloschen sei.“ Derselben Ansicht ist Herms.[5])

Diese hier angeführten Erklärungsversuche sind unbrauchbar, weil sie auf der unrichtigen Voraussetzung beruhen, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner durch die Leistung des Bürgen erloschen sei. Dieses aber ist die Schlußfolgerung aus dem anderen unrichtigen Obersatz, daß Hauptschuld und Bürgenschuld identisch seien und die Bürgschaft einen besonders geregelten Fall des Gesamtschuldverhältnisses darstelle.

Die Auffassung, daß die Bürgschaft unter den weiteren Begriff „Gesamtschuldverhältnis“ falle, wird mehrfach geteilt, vgl. z. B. Landsberg Bd. 1 S. 506, Herms S. 18. Dies[6]) hat wohl darin seinen Grund, daß bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft dem Gläubiger der Hauptschuldner und der Bürge nebeneinander haften; denn auch bei dem Gesamtschuldverhältnis schulden mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber

---

[3]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 673/74.
[4]) vgl. Planck Bd. 2 1907 § 774 Anm. 1.
[5]) vgl. Herms S. 56.
[6]) vgl. Reichel S. 75.

die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist, und der Gläubiger kann nach seinem Belieben die Leistung von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern (§ 421 BGB.).

Allerdings ist zuzugeben, daß zwischen Bürgschaft und Gesamtschuldverhältnis eine gewisse Ähnlichkeit besteht bezüglich der causa promittendi. Es scheiden jedoch hier sofort alle Fälle der gesetzlichen Gesamtschuld aus, weil die wichtige Lehre von der causa promittendi sich nur auf vertragsmäßige Gesamtschulden beziehen kann und bei obligationes ex lege gar nicht in Frage kommt. (Vgl. Leonhard, Die Gesamtschuldner im österr. BGB., in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgem. BGB., 1. 6. 1911, Teil 2 S. 875.) Der Zweck der Gesamtschuld ist nämlich nach den Protokollen der 2. Kommission (S. 438) immer ein Bürgschaftszweck. Wenn auch die wahre Bürgschaft stets akzessorisch, d. h. vom Bestande und Inhalte der Hauptschuld abhängig ist, während die Gesamtschuld von ihrer Nebenschuld unabhängig ist, so kann doch der Zweck, zu dem mehrere inhaltlich gleiche Schuldversprechen nebeneinander auftreten, nur ein Bürgschaftszweck sein. Hierbei sind zwei Fälle denkbar. Schulden z. B. der A und der B als Gesamtschuldner dem C eine Summe aus einem Darlehen, so kann entweder A der alleinige Empfänger des Darlehns, also der alleinige materielle Schuldner sein, während B nur materieller Bürge ist, oder umgekehrt, der A und B sind je zu einem Teile materielle Hauptschuldner, zum Überreste Bürgen füreinander. Die Gesamtschuld ist grundsätzlich abstrakt, doch ohne Bürgschaftszweck nicht denkbar, und sie enthält stets, wie Leonhard a. a. O. es ausdrückt, „eine verschleierte, wenn auch nicht verheimlichte Bürgschaft für das Ganze oder einen Teil".

Die causa ist auch maßgebend für die Frage des Regreßrechts, ob im konkreten Falle ein echtes, dem Regreßrechte unterliegendes, oder ein unechtes Gesamtschuldverhältnis vorliegt. Denn ist z. B. von zwei Gesamtschuldnern der A der alleinige materielle Schuldner und der B nur verschleierter Bürge, so kann A, der an den Gläubiger geleistet hat, natürlich niemals ein Regreßrecht gegen B geltend machen.

Sind nun auch Bürgschaft und Gesamtschuld einander so

ähnlich, daß man mit Leonhard die Gesamtschuld „ihrem Zwecke nach als verschärfte selbstschuldnerische Bürgschaft“ bezeichnen kann, so bestehen doch zwischen ihnen fundamentale Unterschiede, welche eine gegenseitige analoge Anwendung der Vorschriften, welche das Bürgerliche Gesetzbuch für beide enthält, verbieten. Der eine Unterschied, nämlich der, daß die Bürgschaft streng akzessorisch ist, während beim Gesamtschuldverhältnis die einzelnen Forderungen unabhängig voneinander bestehen, ist bereits erwähnt worden.

Ein zweiter, sehr wichtiger Unterschied besteht in der Verschiedenartigkeit der einzelnen Verbindlichkeiten ihrem Inhalte nach. Der Umstand, daß man diesen Punkt nicht scharf genug beobachtet hat, hat wohl das meiste dazu beigetragen, daß man in der Bürgschaft nur einen besonders geregelten Fall eines Gesamtschuldverhältnisses erblickt hat. Diese Behauptung hat man[7]) mit den §§ 427, 431 BGB. begründen wollen. Danach haften Schuldner einer unteilbaren Leistung stets, einer teilbaren im Zweifel als Gesamtschuldner, wenn sie sich gemeinschaftlich durch Vertrag zu derselben verpflichtet haben. Diese Bestimmungen scheinen also auch für den Bürgen und seinen Hauptschuldner zuzutreffen. Indessen ist die Anwendbarkeit der zitierten Paragraphen für die Bürgschaft aus folgendem Grunde unmöglich: Wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses ist, daß von den mehreren Personen dieselbe Leistung geschuldet wird, und diese Voraussetzung fehlt bei der Bürgschaft. Denn[8]): „Der Hauptschuldner schuldet hier ein konkretes dare, facere, non facere; der Bürge dagegen schuldet das Einstehen dafür, daß der Schuldner leistet“. Dieses „Einstehen“ ist die Leistung des Bürgen. Diese ist aber mit dem Leisten des Hauptschuldners „nicht identisch, genauer: nicht homolog, nicht gleichartig“.

Daß die Leistung des Hauptschuldners mit der des Bürgen nicht identisch ist, tritt besonders in den Fällen klar zutage, wo der Hauptschuldner eine unvertretbare Leistung schuldet.

---

[7]) vgl. Herms S. 18.
[8]) vgl. Reichel S. 74.

Auch hierfür ist Verbürgung begrifflich möglich und zulässig, vgl. z. B. die bei Reichel S. 75 angeführten Beispiele. Hier schuldet der Schuldner eine bestimmte, nur ihm allein mögliche Leistung, und der Bürge schuldet nur das Einstehen dafür, daß der Hauptschuldner seine Leistung bewirkt. Man wird aber hier nicht behaupten wollen, daß der Bürge die ihm unmögliche Leistung des Hauptschuldners ebenfalls schuldet.

Die Schuld des Hauptschuldners bleibt für den Bürgen stets eine fremde. Sie ist eine primäre, die Schuld der Bürgen eine „neue, sekundäre Schuld sui generis, die erst in seiner Person neu begründet wird" und mit der Schuld des Hauptschuldners nicht identisch ist.[9]) Wenn der Hauptschuldner eine vertretbare Leistung, insbesondere Geld, schuldet, wird natürlich die Erfüllung der Bürgschaftsschuld von seiten des Bürgen der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit äußerlich gleichen; das ändert jedoch nichts an dem grundverschiedenen Charakter der beiden Verbindlichkeiten.

Sind die Verpflichtungen des Bürgen und des Hauptschuldners schon inhaltlich verschieden, so sind sie es auch hinsichtlich des Schuldgrundes, also auch in dieser Beziehung nicht homolog, gleichartig. So haftet z. B. der Hauptschuldner aus dem Darlehen, das ihm der Gläubiger gegeben hat, der Bürge dagegen aus dem Bürgschaftsvertrage, den er mit dem Gläubiger geschlossen hat.

Die hier vertretene Ansicht, daß Hauptschuld und Bürgenschuld durchaus verschiedenartig sind, und daß die Vorschriften über Gesamtschuldverhältnisse auf die Bürgschaft nur bei besonderer Verweisung (vgl. § 769 BGB.) anwendbar sind, kann wohl als die herrschende bezeichnet werden. Auch der § 769 BGB. ist ein Beweis dafür, daß Hauptschuldner und Bürge nicht als Gesamtschuldner haften. Denn sonst wäre die Bestimmung des zitierten Paragraphen durchaus überflüssig. — Vertreter dieser herrschenden Ansicht sind: Fischer-Henle (Vorbem. zu § 765 BGB.), Scherer (§ 765 Anm. 12), Kohler (S. 415), Enneccerus-Lehmann (Bd. 1 S. 689), Sächs. Arch. (Bd. 5

[9]) vgl. Reichel S. 23, 83.

S. 301). Auch das Reichsgericht hat in seinen Entscheidungen diese Auffassung vertreten (vgl. ERG. Bd. 8 S. 264, Bd. 53 S. 404).

Das Resultat dieser Erörterungen dient uns als Grundlage für die Beantwortung der Frage, wie ohne inneren Widerspruch der gesetzliche Übergang der Forderung des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen zu konstruieren sei. Zahlt der Bürge an den Gläubiger, so tut er dies nicht, um die Hauptschuld zu erfüllen, sondern um seiner eigenen Verbindlichkeit aus dem Bürgschaftsvertrage, dem „Einstehen für die Erfüllung des Hauptschuldners", nachzukommen. Damit und insoweit erlischt seine eigene Schuld, nicht aber erlischt dadurch die Schuld des Hauptschuldners. Die Hauptverbindlichkeit besteht weiter und wechselt kraft Gesetzes nur die Person des Gläubigers. Diese hier vertretene Ansicht wird auch geteilt von Staudinger (§ 774 Anm. 1), Goldmann (Bd. 3 S. 1422, 2), Komm. z. BGB. von RGRäten (S. 585).

§ 3.

Die Geltendmachung des Regreßrechts.

In der Regel werden sich bei der Geltendmachung des Regreßrechts seitens des Bürgen keine rechtlichen Schwierigkeiten ergeben, wenn der Gläubiger von dem Bürgen vollständig befriedigt worden ist. Nur unter gewissen Voraussetzungen dagegen ist der Bürge berechtigt, sein Regreßrecht auszuüben, wenn er den Gläubiger nur teilweise befriedigt hat. Besonders für diesen Fall gilt die Beschränkung des § 774 Satz 2 BGB.: „Der Übergang (der Forderung des Gläubigers auf den Bürgen) kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden". Daß der Gläubiger nur teilweise befriedigt worden ist, kann auf zwei verschiedenen Gründen beruhen: Einmal dann, wenn der Bürge zwar unbeschränkt haftet, aber nur eine Teilleistung bewirkt, die der Gläubiger annimmt, oder das andere Mal, wenn der Bürge seine Bürgenhaftung auf einen bestimmten Betrag beschränkt und so den Gläubiger nur teil-

weise befriedigt hat. Hierbei ist noch zu erwähnen, daß eine solche Beschränkung der Bürgenhaftung auf eine bestimmte Summe zulässig ist, was aus der dispositiven Natur des § 767 BGB. folgt.[1])

In beiden Fällen aber geht, wenn der Bürge den Gläubiger nur teilweise befriedigt hat, auch die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner nur in der entsprechenden Höhe auf den Bürgen über. Die Forderung ist nunmehr geteilt zwischen Gläubiger und Bürgen, die dem Hauptschuldner als selbständige Gläubiger gegenüberstehen; sie sind nicht etwa Gesamtgläubiger geworden.[2])

Die Frage, wie der Bürge neben dem Gläubiger, der vom Hauptschuldner seine Restforderung beitreibt, gemäß der Konkurrenzklausel des § 774 Satz 2 BGB. sein Regreßrecht geltend macht, ist leicht zu beantworten, solange der Hauptschuldner zahlungskräftig ist. Verwickelter wird die Rechtslage, wenn der Hauptschuldner seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann und über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist. In welchem Umfange darf hier der regreßberechtigte Bürge seine Rechte geltend machen, wenn er mit dem Gläubiger im Konkursverfahren des Hauptschuldners konkurriert? De lege ferenda kommen hier verschiedene Gesichtspunkte in Betracht: Einerseits ist der Zweck des Konkursverfahrens, die zu erleidenden Verluste nach Billigkeitsrücksichten möglichst gleichmäßig auf alle Konkursgläubiger zu verteilen. Konkursgläubiger aber sind sowohl der Gläubiger als auch der Bürge. Andererseits ist aber auch der Gläubiger günstiger zu stellen als der Bürge. Das erfordert sowohl der § 774 Satz 2 BGB. als auch der Zweck der Bürgschaft, die ja deshalb abgeschlossen wird, um den Gläubiger vor Verlusten zu schützen und sicherer zu stellen. Schließlich darf aber auch die Lage des Gemeinschuldners nicht erschwert und die par conditio creditorum nicht verletzt werden.

Die geltende Reichskonkursordnung hat eine direkte Betimmung über die Geltendmachung des Regreßrechts seitens

[1]) vgl. Staudinger Bd. 2 S. 1248.
[2]) vgl. Planck Bd. 2 1907 § 774 Anm. 3.

des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners, an dem auch der Gläubiger als Konkursgläubiger beteiligt ist, nicht getroffen. Indessen enthält sie eine andere Bestimmung, die für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage maßgebend ist. Es ist dies der § 68 KO.: „Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hat".

Es mag auf den ersten Blick scheinen, als ob dieser Paragraph mit der oben aufgeworfenen Frage gar nichts zu tun hat, da in ihm von dem Regreßrecht des Bürgen nichts erwähnt ist. Aber doch trifft diese Vorschrift hier zu, denn sie räumt in einem bestimmten Falle dem Gläubiger eine Sonderstellung ein und trifft damit mittelbar auch den Bürgen. Denn für die Geltendmachung des Regreßrechts des Bürgen ist nach der „Kollisionsklausel" des § 774 BGB. nur so weit Raum, als der Gläubiger dadurch nicht beeinträchtigt wird. Gewährt deshalb die Rechtsordnung in bestimmten Fällen dem Gläubiger umfangreichere Rechte, so bringt dies notwendigerweise eine Beschränkung der Rechte des Bürgen mit sich. Infolgedessen können wir die oben aufgeworfene Frage, deren Beantwortung die Hauptaufgabe dieser Abhandlung sein soll, erst lösen, wenn wir festgestellt haben, welche besonderen Rechte dem Gläubiger eingeräumt sind für den Fall, daß der Schuldner, für den ein Dritter Bürgschaft geleistet hat, in Konkurs geraten ist.

Da ferner im § 68 KO. die Zeit der Konkurseröffnung als maßgebender Zeitpunkt dafür festgesetzt ist, in welcher Höhe der Gläubiger seine Konkursforderung anmelden kann, wird der Fall verschieden behandelt werden müssen, je nachdem, ob die Teilzahlung des Bürgen vor oder nach Konkurseröffnung erfolgt ist.

Zweites Kapitel.

Das Regreßrecht des Bürgen bei Teilleistung vor Konkurseröffnung.

§ 4.

Die Stellung des Gläubigers im Falle des § 68 KO.

Nach dem Wortlaut des § 68 KO. und nach dem, was wir oben über die Verschiedenheit der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld gesagt haben, scheint der § 68 KO. nicht für den Fall der Bürgschaft zu passen, da ja Hauptschuldner und Bürge nicht für dieselbe identische Leistung haften. Ob der § 68 KO. indes eng oder weit auszulegen ist, darüber geben uns die Motive und der Zweck dieser Bestimmung Aufklärung. Nach den Motiven[1]) ist es ohne Bedeutung für die Anwendbarkeit dieses § 68 (§ 61 des Entw. und alter Fassung), ob die Haftung des einzelnen auf einem und demselben oder auf einem selbständigen Rechtsgrunde beruht, ob eine Schuldübernahme oder nur eine Verbürgung für die Schuld vorliegt, es kommt nur darauf an, daß „der Gläubiger jetzt berechtigt ist, die ganze Forderung gleichzeitig gegen jeden Schuldner geltend zu machen". Es kommt mithin nicht so sehr auf die juristische Konstruktion der verschiedenen Verbindlichkeiten an, als vielmehr auf den wirtschaftlichen und praktischen Erfolg: diese Vorschrift soll immer dann angewendet werden, wenn der Gläubiger die Möglichkeit hat, neben dem Urschuldner noch einen andern zu seiner Befriedigung in Anspruch zu nehmen. Aus diesem Grunde hat man den § 68 KO. ohne Bedenken auch auf die Bürgschaft an-

[1]) vgl. Mat. S. 267.

gewandt; Konkursforderungen sind stets Geldforderungen, und bei diesen gleicht die Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit genau der Erfüllung der Hauptschuld, so daß, wirtschaftlich und praktisch betrachtet, dieselbe materielle Leistung von beiden geschuldet wird.

Gehören jedoch Hauptschulder und Bürgen zu den im § 68 KO. bezeichneten Personen, welche nebeneinander für dieselbe Leistung haften? In der Regel haftet bei der einfachen Bürgschaft der Bürge hinter dem Hauptschuldner. Steht ihm indes die Einrede der Vorausklage nicht zu, so haftet er neben[2]) dem Hauptschuldner, da der Gläubiger in diesem Falle sowohl den Hauptschuldner als auch den Bürgen ohne weiteres in Anspruch nehmen kann. Der Bürge verliert aber auch, falls er nicht schon vorher darauf verzichtet hat, die Einrede der Vorausklage kraft Gesetzes, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist (§ 773 Ziff. 3 BGB.). Demnach haftet der Bürge im Falle des § 68 KO. stets neben dem Hauptschuldner.

Hauptschuldner und Bürge haften auch für dieselbe Leistung „auf das Ganze", selbst wenn der Bürge seine Haftung auf einen bestimmten Betrag beschränkt hat. Eine solche Beschränkung bewirkt nun nicht, daß der eine Teil der Hauptforderung verbürgt, der andere nicht verbürgt ist, sondern gleichwohl haftet der Bürge für den vollen Umfang der Forderung, nur daß er eben bloß bis zu einem bestimmten Betrage in Anspruch genommen werden kann. Er haftet zwar nicht für die ganze Forderung, aber auf das Ganze.[3]) Der Anwendbarkeit des § 68 KO. auf die Bürgschaft steht mithin nichts entgegen.

Der § 68 KO. räumt dem Gläubiger das Recht ein, in jedem Konkurse seine Forderung in der Höhe anzumelden, in der sie zur Zeit der Konkurseröffnung bestand, und dafür bis zu seiner völligen Befriedigung Konkursdividende zu beanspruchen. Daraus folgt, daß der Gläubiger eine nach erfolgter Konkurseröffnung geleistete Teilzahlung von der anzumeldenden Konkursforderung

---

[2]) vgl. Jaeger § 68 Nr. 3.

[3]) vgl. ERG. Bd. 8 S. 292; Petersen-Kleinfeller § 68 Nr. 5.

nicht in Abzug zu bringen braucht (s. darüber 3. Kapitel). Muß der Gläubiger aber eine vor erfolgter Konkurseröffnung geleistete Teilzahlung von der anzumeldenden Konkursforderung abziehen? Die Konkursordnung gibt darüber keinen Aufschluß, wie z. B. das Fallimentsgesetz v. 28. 5. 1838, wo in Art. 544 ausdrücklich bestimmt ist, daß alle vor Konkurseröffnung geleisteten Teilzahlungen in Abzug gebracht werden müßten. Man könnte indes durch argumentum e contrario aus § 68 KO. schließen, daß die vor Konkurseröffnung erfolgten Teilzahlungen und ihre rechtlichen Wirkungen durch den nachfolgenden Konkurs nicht beeinflußt werden sollten, daß sie also von der anzumeldenden Forderung in Abzug zu bringen seien. Eine solche Schlußfolgerung hält Bendix[4]) für bedenklich, da hierbei die Bestimmung des § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. unberücksichtigt bleiben würde. Danach[5]) geht der Gläubiger, der nur teilweise befriedigt worden ist, im Konkurse des Hauptschuldners mit seiner Restforderung dem Regreßanspruche des Bürgen vor. Daraus will Bendix folgern, daß der Gläubiger befugt sei, für sein volles Guthaben ohne Rücksicht auf die vor Konkurseröffnung geleisteten Teilzahlungen Dividende bis zur Höhe seines Restanspruchs zu erlangen. Dieser Schluß ist aber unrichtig, denn es müßte dann vorausgesetzt werden, daß dem Gläubiger ungeachtet der Teilleistung noch der volle Anspruch zustände. Dem widerspricht aber der § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB.: „Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über". Wenn es nun in dem folgenden Satze des § 774 BGB heißt: „Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden", so wird hierdurch doch nur die Geltendmachung der bereits übergegangenen Forderung beschränkt, aber keineswegs, wie Bendix anzunehmen scheint, der Übergang der Forderung selbst ausgeschlossen. Dernburg[6]) hält es für zweifelhaft, ob der Gläubiger eine vor Konkurseröffnung er-

---

[4]) vgl. Bendix S. 687.
[5]) vgl. Schollmeyer S. 78.
[6]) vgl. Dernburg S. 405 Anm. 10.

haltene Teilzahlung von seiner anzumeldenden Forderung abziehen muß oder nicht. Es ist jedoch mangels einer besonderen diesbezüglichen Bestimmung kein Grund für eine solche Ausnahme zu finden, auch folgt sie nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Man wird deshalb im Hinblick auf die §§ 3 u. 68 KO. und § 774 BGB. zu dem Resultat kommen müssen, daß die vor Konkurseröffnung geleisteten Zahlungen von dem nachfolgenden Konkurse nicht beeinträchtigt werden, und daß der Gläubiger sich nur noch mit der Restforderung, die nach Abzug der Teilzahlungen verbleibt, am Konkurse beteiligen darf. Diese Ansicht wird von den meisten Autoren vertreten. Vgl. Sarwey S. 301 Anm. 1; Petersen-Kleinfeller S. 344 Anm. 2; Wilmowski S. 268 Anm. 4; Seuffert S. 56 Anm. 27; Kohler, Leitfaden S. 197/98; ebenso die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 2 S. 181, Bd. 14 S. 176; Entscheidung v. 2. 5. 1905 im Recht 1905 Nr. 1445 S. 312.

Die Konkursordnung räumt somit dem Gläubiger im Falle des § 68 KO. keine besondere Stellung ein, soweit es sich um Teilleistungen handelt, die vor Konkurseröffnung erfolgt sind.

§ 5.

Die Beteiligung des regreßberechtigten Bürgen am Konkurse des Hauptschuldners neben dem Gläubiger.

Der Bürge, der vor Konkurseröffnung den Gläubiger teilweise befriedigt hat, hat durch cessio legis eine Teilforderung gegen den Hauptschuldner erworben, die schon vor Konkurseröffnung begründet war; er ist mithin Konkursgläubiger im Sinne des § 3 Abs. 1 KO. und könnte deshalb grundsätzlich Befriedigung aus der Konkursmasse verlangen. Eine ausdrückliche Bestimmung, welche die Teilnahme des regreßberechtigten Bürgen am Konkurse verbietet oder zuläßt, ist in der heutigen Konkursordnung nicht enthalten. Dagegen bestimmte die preuß. Konkursordnung in § 86: „Mitschuldner oder Bürgen des Gemeinschuldners können wegen der Zahlungen, welche sie auf die Forderung des Gläubigers geleistet haben, einen Anspruch auf

Ersatz in dem Konkurse geltend machen, soweit ihnen der Rückgriff gegen den Gemeinschuldner zusteht". Dieser § 86 und ebenso der § 11 preuß. KO. besagen indes nur, daß die Mitschuldner und Bürgen von der Gläubigerschaft ohne weiteres als Liquidanten zugelassen werden müssen; doch bestimmen sie nichts darüber, inwiefern eine Beteiligung dieser Personen neben dem Gläubiger zulässig ist.[1]) Dagegen bestimmt die preuß. Konkursordnung über den Rückgriff der Konkursmassen der einzelnen verganteten Mitschuldner in § 87 Abs. 3 folgendes: „Die Konkursmassen haben in einem solchen Falle wegen der an den Gläubiger geleisteten Zahlungen keinen Rückgriff gegeneinander, wenn der Gesamtbetrag der Summen, welche aus den sämtlichen Massen auf die Forderung des Gläubigers verteilt werden, den Betrag nicht übersteigt, welcher dem Gläubiger gebührt".

Über die oben aufgeworfene Frage enthielt auch sie keine ausdrückliche Bestimmung. Ihre Beantwortung ist deshalb für das heutige Recht ebenso wie für das frühere Recht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu suchen.

Für das heutige Recht ist auszugehen von der Bestimmung des § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB.: „Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden". Über die Auslegung dieses Satzes gehen die Ansichten auseinander. Aus dem Wortlaut der Bestimmung geht hervor, daß der in der Geltendmachung liegende Nachteil durch den Übergang verursacht sein muß.[2]) Nach § 412 BGB. finden auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes die Vorschriften der §§ 399—404, 406—410 BGB. entsprechende Anwendung. Der neue Gläubiger kann demnach z. B. nach § 401 BGB. die für die abgetretene Forderung bestehenden Hypotheken- und Pfandrechte geltend machen, er kann nach § 402 BGB. vom bisherigen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft sowie die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden verlangen. Von diesen Rechten aber darf der neue Gläubiger nach § 774

---

[1]) vgl. ROHG. Bd. 21 S. 211.

[2]) vgl. Schollmeyer § 268 Anm. 5 S. 77 ff.

dann keinen Gebrauch machen, wenn er dadurch dem bisherigen Gläubiger Nachteil bereiten würde. Dies wäre der Fall, wenn dem Gläubiger z. B. nach § 401 BGB. das Pfand noch zur Sicherung einer zweiten Forderung bestellt ist, oder wenn im Falle des § 402 BGB. die Urkunde noch zum Beweise einer zweiten Forderung oder derselben, wenn sie nur teilweise auf den neuen Gläubiger übergegangen ist, dient. Der Gläubiger soll dann für seine Restforderung alle Sicherheiten, alle wirtschaftlichen Vorteile, die mit der ganzen Forderung verknüpft waren, behalten. „Es soll", wie Bendix[3]) sagt, „der rechtliche und wirtschaftliche Zustand der Restforderung des Gläubigers, wie er zur Zeit des Überganges der Teilforderung vorhanden ist, unbeschadet dieses Überganges unverändert fortbestehen bleiben".

Nunmehr wirft er folgende Frage auf: Ist die Zulassung zu einem späteren Konkurse des Hauptschuldners für den Gläubiger ein solcher rechtlicher oder tatsächlicher besonderer Vorteil, der schon zur Zeit des Überganges der Teilforderung bestand? Diese Frage ist zu verneinen; denn das Recht, sich mit einer Forderung am Konkurse zu beteiligen, ist mit der Forderung „untrennbar verbunden, es ist darin enthalten, es kann von dem übergegangenen Teile in dessen Höhe ebensowenig wie die Klagebefugnis losgelöst werden".[4]) Anders, wenn der bisherige Gläubiger wegen seiner Forderung ein Vorzugsrecht im Konkurse geltend machen könnte. Wenn hier z. B. der Bürge den Gläubiger teilweise befriedigen würde, so ginge diese Forderung in entsprechender Höhe auf den Bürgen über, dieser könnte aber gemäß §§ 774 Abs. 1 Satz 2, 412, 401 Abs. 2 das damit verbundene Vorzugsrecht nicht geltend machen, weil dann der Übergang der Forderung zum Nachteil des Gläubigers bezüglich des Restforderung geltend gemacht werden würde. Denn dieses Vorzugsrecht im Konkurse ist ein solcher Vorteil, der zur Zeit des Überganges der Teilforderung bereits bestand und nicht zum Schaden des bisherigen Gläubigers verändert werden darf.

---

[3]) Bendix S. 689.

[4]) vgl. Bendix S. 689.

Gleichwohl aber ist der Bürge berechtigt, an dem Konkurse neben dem Gläubiger teilzunehmen, nur nicht an der bevorzugten Stelle.

Diese Ansicht, die von Bendix (im Recht 1910 Bd. 14 S. 686 ff.) sehr klar und scharfsinnig dargelegt wird, hält sich genau an den Wortlaut des § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Es erscheint mir indes fraglich, ob der Gesetzgeber dem Gläubiger nicht einen umfangreicheren Schutz hat gewähren wollen, so daß diese Bestimmung weiter auszulegen ist. Es ist deshalb notwendig, nach dem Rechtsgrunde und dem Zweck dieser Bestimmung zu forschen. Der Grundgedanke, der dem § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. zugrunde liegt, und der sich auch in älteren Kodifikationen findet (vgl. code civile art. 1251/52; Badener Landrecht Art. 1252), ist offenbar folgender: Wenn der Hauptschuldner selbst den Gläubiger befriedigt hätte, so wäre die Forderung überhaupt erloschen. Zahlt aber der Bürge, so hat zwar der Gläubiger durch die Befriedigung einen Vorteil, die Forderung gegen den Hauptschuldner geht aber kraft Gesetzes auf den Bürgen über. Nun widerspräche es der Billigkeit,[5]) wenn der Bürge die Forderung, die sonst erloschen wäre, zum Nachteil des Gläubigers, in dessen Rechte er eingetreten ist, gebrauchen würde, sei es, daß er z. B. Gewährleistungsansprüche gegen ihn geltend machte, sei es, daß er den Schuldner in Anspruch nähme und so andere Forderungen desselben Gläubigers gegen den Hauptschuldner beeinträchtigen würde.[6]) Es wird deshalb die fragliche Bestimmung des § 774 BGB. dahin auszulegen sein, daß nicht nur der Übergang der Forderung (im engsten Sinne), sondern auch die übergegangene Forderung selbst nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden darf. Diese Ansicht kann wohl als die herrschende bezeichnet werden; sie wird vertreten von Planck (§ 774 Anm. 5), Cosack (Bd. 1 S. 395), Endemann (Bd. 1, 2 S. 1198). Auch das frühere Reichsoberhandelsgericht[7]) und das Reichgericht[8]) hat diese Auslegung

[5]) vgl. Staudinger § 268 Anm. 4.

[6]) vgl. Komm. d. RGRäte § 268 Anm. 4.

[7]) vgl. ROHG. Bd. 21 S. 213.

[8]) vgl. ERG. Bd. 3 S. 183, Bd. 8 S. 293, Bd. 53 S. 405, im Bankarchiv Bd. 7 S. 380 N. 6.

seinen Entscheidungen wiederholt zugrunde gelegt. Daß dies auch die Ansicht der Motive gewesen ist, folgt aus der in Anm. 2 der Mot. Bd. 2 S. 674 gegebenen Verweisungen. Danach kann, um das Beispiel von Kohler[9]) anzuführen, der Bürge, wenn er an den Gläubiger $^3/_6$ gezahlt hat und vom Hauptschuldner nur insgesamt $^4/_6$ zu erlangen sind, nicht beanspruchen, daß diese $^4/_6$ unter ihn und den Gläubiger geteilt werden, sondern zuerst wird der Gläubiger für seine Restforderung von $^3/_6$ befriedigt und nur das letzte Sechstel darf der Bürge für sich verlangen. Mit anderen Worten: Der Bürge darf das Vermögen des Hauptschuldners zur Befriedigung seiner Regreßteilforderung nur in Anspruch nehmen, nachdem der Gläubiger auf seine Restforderung volle Befriedigung erhalten hat.

Dieser Grundsatz muß auch für den Konkurs gelten. Denn im Konkursverfahren erhalten die Gläubiger niemals volle Befriedigung, sondern stets nur einen Prozentsatz ihrer Forderungen. Hat demnach der Bürge vor Konkurseröffnung an den Gläubiger eine Teilleistung bewirkt, so darf der Gläubiger, wie wir oben gesehen haben, nur noch den Restbetrag als Konkursforderung anmelden. Für diese Restforderung erhält er aber aus der Konkursmasse nur eine Quote, kann also für die ganze Forderung nie volle Befriedigung erhalten. Wollte sich jetzt auch der Bürge mit seiner Regreßforderung am Konkurse beteiligen, so würde dadurch die Passivmasse noch vergrößert und die Konkursdividende entsprechend verringert werden. Er würde somit durch die Geltendmachung seiner Regreßforderung den Gläubiger benachteiligen. Dies ist aber nach § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. unzulässig.

Hiergegen kann jedoch folgender Einwand erhoben werden. Wie wir oben gesehen haben, kann der Gläubiger aus der Konkursmasse allein nie völlig befriedigt werden, er muß stets einen Ausfall erleiden. Diesen kann er aber hinterher noch vom Bürgen einziehen, da seine Forderung, soweit sie nicht durch Abschlagsverteilungen getilgt, auch noch nach Beendigung des Konkursverfahrens gegen den Hauptschuldner und somit

---

[9]) vgl. Kohler Bd. 2, 1 S. 208.

auch gegen den Bürgen fortbesteht. Beteiligt sich nun auch der Bürge, der schon vor Konkurseröffnung eine Teilzahlung an den Gläubiger geleistet hat, mit seiner Regreßforderung am Konkurse, so wird der Gläubiger etwas weniger aus der Konkursmasse erhalten, kann aber nunmehr vom Bürgen einen größeren Betrag für seinen Ausfall einziehen. Auf diese Weise hat der Hauptgläubiger schließlich doch keinen Nachteil durch die Beteiligung des Bürgen erlitten; der letztere aber wird sich in vielen Fällen besser stehen, da er verhältnismäßig mehr aus der Konkursmasse erhalten wird, als der Unterschied der Ausfallszahlungen in den beiden Fällen betragen wird. Ein Beispiel mag das Gesagte erläutern: Der A hat eine Forderung gegen B in Höhe von 40000 Mk., wofür sich C selbstschuldnerisch verbürgt hat. Weil B nicht zahlt, leistet der Bürge C an A 20000 Mk.; später fällt B in Konkurs, seine Masse wirft 80 % Dividende ab. Meldet hier A allein 20000 Mk. an, so erhält er aus der Masse 16000 Mk., und der Bürge muß 4000 Mk. nachzahlen. Kann der C aber seine Regreßforderung von 20000 Mk. ebenfalls anmelden und verringert sich dadurch die Dividende auf 75 %, so erhalten A und C je 15000 Mk. aus der Konkursmasse, und C muß jetzt 5000 Mk. nachzahlen. Mithin hat er gezahlt:

Im ersten Falle

20000 Mk. vor Konkurseröffnung
4000 Mk. für den Ausfall

24000 Mk.

Im zweiten Falle

20000 Mk. vor Konkurseröffnung
5000 Mk. für den Ausfall

25000 Mk.,

hat aber dafür 15000 Mk. Regreß aus der Konkursmasse erhalten, so daß er im ersten Falle einen Nachteil von 24000 Mk., im zweiten Falle einen Nachteil von nur 10000 Mk. erleidet. Dabei ist der Gläubiger aber in beiden Fällen voll befriedigt worden.

Hiervon kann jedoch nur dann die Rede sein, wenn der Bürge unbeschränkt haftet, seine Verpflichtung noch nicht er-

schöpft ist, und wenn er zahlungsfähig ist. Aber selbst dann, wenn alle diese Voraussetzungen vorliegen, sprechen doch prinzipielle Bedenken dagegen. Denn[10]) erstens widerspricht der Umstand, daß der Bürge etwas aus dem Vermögen des Hauptschuldners erhält, was zur Befriedigung des Gläubigers dienen könnte und müßte, dem Wesen und dem Zwecke der Bürgschaft. Zweitens aber könnte man auch darin, daß der Gläubiger von dem Bürgen nunmehr einen größeren Betrag beanspruchen und diesen vielleicht erst durch einen langwierigen Prozeß beitreiben muß, einen Nachteil erblicken, der durch Geltendmachung der übergegangenen Forderung entstanden ist. Wenn dieser Nachteil auch im besten Falle kein wirtschaftlicher oder rechtlicher ist, so ist es doch ein tatsächlicher Nachteil,[11]) der aber auch unter den § 774 BGB. fällt.

Diese Erörterungen führen zu folgendem Ergebnis: Der Bürge darf für seinen Regreßanspruch neben dem Hauptgläubiger Befriedigung aus der Masse nicht verlangen, weil durch seine Teilnahme die Passivmasse vergrößert, die Konkursdividende somit entsprechend verringert würde. Der Hauptgläubiger würde deshalb bei der geringeren Quote noch weniger auf seine Forderung erhalten, ein Nachteil, der durch Geltendmachung der übergegangenen Forderung für den Gläubiger entstehen würde. Ferner widerspräche die Beteiligung des Bürgen am Konkurse dem oben aufgeführten Grundsatze, daß der Bürge nicht eher etwas auf seine Regreßforderung aus dem Vermögen des Hauptschuldners erhalten darf, als der Hauptgläubiger für seine Restforderung voll befriedigt ist.

Nun gibt es aber eine einzige Möglichkeit, diese beiden Voraussetzungen zu erfüllen. Wenn dies geschehen ist, steht der Geltendmachung der Regreßforderung nichts mehr entgegen.

Die erste Voraussetzung kann der Bürge auf folgendem Wege erfüllen. Er leistet n a c h Konkurseröffnung an den Hauptgläubiger soviel, wie der Ausfall des Hauptgläubigers be-

---

[10]) vgl. Vischer S. 47, 50.

[11]) vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 430 a. E.

tragen würde, falls sich der Regreßberechtigte ebenfalls am Konkurse beteiligte. Z. B. auf die Hauptforderung von 30 000 Mk. hat der selbstschuldnerische Bürge, der unbeschränkt haftet, 14 000 Mk. vor Konkurseröffnung an den Gläubiger geleistet. Die Konkursdividende beträgt 80 %, und der Gläubiger meldet seine Restforderung von 16 000 Mk. als Konkursforderung an. Meldete auch der Bürge seinen Regreßanspruch in Höhe von 14 000 Mk. an, so würde sich die Dividende z. B. auf 75 % ermäßigen. Der Gläubiger erhielte somit für seine 16 000 Mk. nur 75 % = 12 000 Mk., würde also einen Ausfall von 4000 Mk. erleiden. Zahlt nunmehr der Bürge diese 4000 Mk. vor Verteilung der Konkursdividende, aber nach Konkurseröffnung, so gilt die besondere Bestimmung des § 68 KO. Diese Teilzahlung braucht nämlich der Gläubiger nicht abzuziehen, sondern er erhält Konkursdividende für seine Forderung in der Höhe, zu der sie im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestand, hier also für 16 000 Mk. (Über diese Ausnahmevorschrift wird noch im nächsten Kapitel näher gehandelt.)

Der Gläubiger hat demnach . . . . . 14 000 Mk.
vor Konkurseröffnung erhalten, nach Konkurseröffn. 4 000 Mk.
erhält aus der Masse 75 % für 16 000 Mk. = 12 000 Mk.
ist also für seine Forderung von . . . . . 30 000 Mk.
voll befriedigt. Der Bürge kann sich nunmehr mit seiner Regreßforderung von 14 000 Mk. beteiligen, ohne dadurch den Hauptgläubiger zu benachteiligen. Ob er auch die Regreßforderung von 4000 Mk. geltend machen kann, soll im nächsten Kapitel erörtert werden.

Die zweite Voraussetzung ist auf folgende Weise zu erfüllen: Der Bürge darf das Vermögen des Hauptschuldners erst in Anspruch nehmen, nachdem der Gläubiger völlig befriedigt ist. Die Geltendmachung seiner Regreßforderung erscheint somit bedingt durch die völlige Bezahlung des Gläubigers. Sein Regreßanspruch ist somit eine Konkursforderung unter aufschiebender Bedingung, die nach § 67 KO. zu einer Sicherung berechtigt, und der Bürge kann sie als solche im Konkurse des Hauptschuldners anmelden. Daß dadurch die vorerwähnte Voraussetzung erfüllt wird, ergibt sich aus der Behandlung der be-

dingten Forderungen im Konkurse. Diese[12]) werden nämlich bei jeder Abschlagsverteilung wie unbedingte Ansprüche berücksichtigt, doch wird der Betrag nicht ausgezahlt, sondern zurückbehalten, bis der Eintritt der Bedingung erwiesen ist. Ob die Bedingung — in unserem Falle die volle Befriedigung des Hauptgläubigers — eingetreten oder ausgefallen ist, wird sich hier bei der Schlußverteilung ergeben. Ist der Gläubiger bereits voll befriedigt, so erhält der Bürge die Stellung eines Konkursgläubigers mit unbedingter Forderung, die Dividende ist ihm auszuzahlen. Jetzt erleidet der Gläubiger keinen Nachteil durch die Konkurrenz des Bürgen, und dieser erhält seine Befriedigung aus der Masse erst, nachdem die Forderung des Gläubigers aus ihr getilgt worden ist.

Die obigen Erörterungen gelten jedoch nur für den Fall, daß der Bürge seine Regreßforderung auf Grund des Eintrittsrechts in die Stellung des Gläubigers geltend macht (§ 774 BGB.). Hat er dagegen einen selbständigen Regreßanspruch aus einem internen Rechtsverhältnis, so ist die Zulässigkeit seiner Beteiligung am Konkurse neben dem Gläubiger zweifelhaft. Eine Einschränkung, wie sie § 774 BGB. enthält, besteht für den Anspruch auf Grund eines selbständigen Rechtsverhältnisses nicht. Nach Crome[13]) ergibt sich indessen aus der Tendenz dieser Gesetzesvorschrift auch der Vorrang des ursprünglichen Gläubigers vor dem regreßberechtigten Bürgen für diejenigen Ansprüche des letzteren, die nicht ex jure cesso erhoben werden. Das ist jedoch bestritten.[14]) Es wird aber der Grundsatz, daß der Bürge nicht eher etwas aus dem Vermögen des Hauptschuldners erhalten dürfe, bevor der Gläubiger vollständig befriedigt ist, auch für die Regreßansprüche auf Grund eines Innenverhältnisses gelten müssen.

Dies hat auch das frühere Reichsoberhandelsgericht[15]) in einer Entscheidung anerkannt und deshalb den Bürgen neben dem ursprünglichen Gläubiger zum Konkurse nicht zugelassen.

---

[12]) vgl. Seuffert S. 52.
[13]) vgl. Crome Bd. 2, 1 S. 347/48.
[14]) vgl. Oertmann § 426 Anm. 5.
[15]) vgl. ROHG. Bd. 21 Nr. 67.

Drittes Kapitel.

Das Regreßrecht des Bürgen bei Teilleistung nach Konkurseröffnung.

Es soll nunmehr untersucht werden, ob der Bürge ein Regreßrecht im Konkurse geltend machen kann, wenn er nach Konkurseröffnung eine Teilleistung an den Gläubiger bewirkt hat und dieser sich ebenfalls mit seiner Restforderung am Konkursverfahren beteiligt. In erster Linie treffen die Erörterungen in Kap. 2 auch hier zu. Doch ist in diesem Falle noch ein anderer Grund zu berücksichtigen, über den lange Zeit in Literatur und Rechtsprechung lebhafter Streit geherrscht hat und zum Teil noch heute herrscht. Die Frage kann wieder erst mittelbar beantwortet werden, nachdem festgestellt worden ist, welche Rechte dem Gläubiger zustehen. Diesem räumt nämlich das geltende Recht in einem solchen Falle eine Sonderberechtigung ein, wie im folgenden gezeigt werden soll.

§ 6.

Die Rechte des Gläubigers im Falle des § 68 KO.

Es ist oben im § 4 gezeigt worden, daß der Gläubiger im Falle des § 68 KO. die Forderung nur in der Höhe anmelden darf, auf die sich die Forderung zur Zeit der Konkurseröffnung belief, daß er also vor diesem Zeitpunkt geleistete Teilzahlungen von der anzumeldenden Forderung abziehen muß. Wie verhält es sich aber mit denjenigen Teilzahlungen, die erst nach der Konkurseröffnung erfolgt sind? Nach dem Wortlaut des § 68 KO. kann der Gläubiger im Konkurse eine Forderung in der Höhe anmelden, in der sie zur Zeit der Konkurseröffnung be-

stand, und dafür bis zu seiner vollständigen Befriedigung Konkursdividende fordern. Bei der Verteilung der Dividende wird also die Forderung in der Höhe, in der sie zur Zeit der Konkurseröffnung bestand, zugrunde gelegt, und später erfolgte Teilzahlungen werden nur bei der Frage der „vollen Befriedigung" berücksichtigt. Diese Bestimmung ist eine Durchbrechung des außerhalb des Konkurses uneingeschränkt geltenden Grundsatzes,[1]) daß jede Teilzahlung eines Schuldners die Forderung auch in Ansehung der anderen Mitschuldner derart mindert, daß der Gläubiger nur noch den verbleibenden Rest seiner Forderung geltend machen kann. Der Grund für diese Ausnahmevorschrift ist nach der einen Ansicht ein rein zivilrechtlicher, nach der andern ein prozessualischer.

Die erste Ansicht, die von den Motiven sowie zahlreichen Autoren und der Rechtsprechung[2]) vertreten wird, führt folgende Gründe an: Hat ein Gläubiger mehrere Mitschuldner, welche nebeneinander für dieselbe Leistung haften, und sind diese in Konkurs geraten, so ist es recht und billig, daß der Gläubiger für seine ganze Forderung in jedem Konkursverfahren bis zu seiner vollen Befriedigung Konkursdividende verlangen kann. Das in den Motiven[3]) angeführte Beispiel soll zur Erläuterung des Gesagten dienen: Dem A haften für dieselbe Schuld von 1200 Mk. der B, C und D, die sämtlich in Konkurs geraten sind. Die Konkursmasse des B zahlt 50 %, die des C 40 % und die des D 30 % Dividende. Hier kann A in jedem Konkurse seine Forderung von 1200 Mk. anmelden. Müßte er die inzwischen aus einer Konkursmasse erhaltenen Teilzahlungen abziehen, so könnte er in dem nächsten Konkursverfahren immer nur prozentuale Befriedigung der Restforderung erhalten. Hätte er also aus der Masse des B 50 % von 1200 Mk. = 600 Mk. erhalten, so bekäme er aus der Masse des C nur 40 % für den Rest von 600 Mk = 240 Mk. und aus der Masse des D 30 % für den Rest von 360 Mk. = 108 Mk., zusammen also nur

[1]) vgl. Petersen-Kleinfeller S. 343.

[2]) vgl. Jaeger §68 Anm. 1; Seuffert S. 56; vgl. ERG. Bd. 2 S. 182, Bd. 14 S. 176.

[3]) vgl. Mat. S. 265.

948 Mk. = 79 %, während die drei Massen zusammen 120 % ergeben. Der Gläubiger könnte also in keinem Falle vollständige Befriedigung erhalten. So wäre der Zweck der Gesamtschuld und der Bürgschaft, dem Gläubiger größte Sicherheit für die vollständige Befriedigung seiner Forderung zu gewähren, vereitelt, zumal der Konkurs des einen Mitverpflichteten häufig auch den Konkurs der anderen Mitverpflichteten im Gefolge hat. Deshalb diese Sondervorschrift des § 68 KO.

Nach der anderen Ansicht, die von Kohler[4]) und Hellmann[5]) vertreten wird, folgt diese scheinbare Ausnahme aus dem Grundsatze, daß wegen einer Forderung eine mehrfache Vollstreckung zulässig ist, und zwar deshalb, weil eine Vollstreckung nicht immer zu einer völligen Befriedigung führt. Der Gläubiger kann also in jedem Konkursverfahren seine Forderung vollstrecken und das Verteilungsverfahren ohne Rücksicht auf eine inzwischen erfolgte Teilzahlung bezüglich des ganzen zu Ende führen, bis seine Forderung völlig getilgt ist. Es mag dahingestellt bleiben, welcher von diesen beiden Ansichten der Vorzug zu geben ist, jedenfalls treffen sie sich in ihrem Resultat. Danach braucht der Gläubiger eine nach erfolgter Konkurseröffnung geleistete Teilzahlung nicht in Abzug zu bringen, sondern sie wird nur berücksichtigt bei der Frage, wann der Gläubiger voll befriedigt ist. Dann hört der Dividendenbezug für ihn natürlich auf.

Dieser hier angeführten Meinung tritt Ladenburg[6]) entgegen, und zwar mit folgender Begründung: Er geht von dem Fall aus, in dem der Bürge nach erfolgter Konkurseröffnung den Gläubiger voll befriedigt. Hier könnte nach dem Wortlaute des Gesetzes der Gläubiger trotzdem die Forderung in der Höhe anmelden, in der sie zur Zeit der Konkurseröffnung bestand, und brauchte die inzwischen erfolgte Vollzahlung nicht abzuziehen. Da er aber bereits vollständig befriedigt ist, kann er aus der Konkursmasse keine Dividende mehr beziehen. Dafür

---

[4]) vgl. Kohler, Leitfaden S. 196, 3.
[5]) vgl. Hellmann S. 220.
[6]) vgl. Ladenburg S. 247 ff.

ist aber der Bürge, der den Gläubiger völlig befriedigt hat, berechtigt, an die Stelle des Gläubigers zu treten, wie dieses in § 11 preuß. KO. bestimmt war. Was nun von der vollständigen Zahlung gilt, das muß nach Ladenburg auch von der Teilzahlung gelten; denn Vollzahlung läßt die Forderung des Gläubigers vollständig auf den Bürgen übergehen, Teilleistung nur, soweit sie reicht, und Teilzahlungen können ja zu Vollzahlungen ergänzt werden. Diese Erwägungen führen ihn zu folgendem Resultate: Der Konkurs ist eröffnet, der Bürge leistet an den Gläubiger, noch bevor dieser seine Forderung angemeldet hat. In diesem Falle muß der Gläubiger die erhaltene Zahlung von seiner Forderung abziehen und darf aus der Konkursmasse Dividende nur für die Forderung beanspruchen, die ihm am Tage der Anmeldung zustand. Erhält er nach der Anmeldung der Forderung eine Teilzahlung vom Bürgen, so tritt der zahlende Bürge für den gezahlten Betrag in die Rechte des Gläubigers ein; er kann an Stelle des Gläubigers diejenige Dividende beziehen, welche auf den gezahlten Betrag entfällt.

Dieses Resultat widerspricht aber dem Zweck des § 68 KO. und seinem klaren Wortlaut. Denn auf diese Weise könnte der Gläubiger, wenn der Bürge z. B. nur auf einen bestimmten Betrag haftet und nur diesen bezahlt, niemals volle Befriedigung erhalten. Dem hält Ladenburg wieder entgegen, man könne nicht einsehen, weshalb ein einzelner den Anspruch erheben könne; die Gesetzgebung habe dafür zu sorgen, daß er vollständig befriedigt werde. Der Gläubiger, dem mehrere Schuldner für dieselbe Leistung haften, sei insofern schon besser daran, als er jeden Schuldner zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen könnte, und es wäre unbillig, wenn er außerdem noch in jedem Konkurse derselben Bevorzugung verlangen wollte.

Man mag diesen Ausführungen zustimmen oder nicht, in ihrem Ergebnis stehen sie jedenfalls im Gegensatz zu dem § 68 KO. und der herrschenden Ansicht, die von fast allen Autoren vertreten wird; vgl. Petersen-Kleinfeller § 68 Anm. 1; Sarwey § 68 Anm. 1 u. 2; Wilmowski S. 267 Anm. 2; Jaeger § 68 Anm. 5; Fitting S. 119; Seuffert S. 56; Kohler S. 197; Hellmann S. 220; sie wird auch durch die Entscheidungen

der höchsten Gerichte bestätigt, vgl. z. B. ERG. Bd. 2 S. 179, 181, Bd. 8 S. 291, Bd. 9 S. 77, Bd. 11 S. 18.

Hier sei auch noch die Frage erwähnt, wie sich die Bestimmung des § 68 KO. zu § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB. verhält. § 68 KO. schließt den Übergang der Forderung nicht aus, wenn die Teilzahlung auch erst nach Konkurseröffnung erfolgt ist. Die Forderung geht auch hier in der entsprechenden Höhe auf den Bürgen über, und es wird nicht etwa fingiert, daß sie nicht übergegangen sei. Es werden vielmehr die nach Konkurseröffnung erfolgten Teilleistungen bezüglich der Konkursmasse nur nicht berücksichtigt, man legt der Konkursvollstreckung die Forderung zugrunde, die dem Gläubiger zur Zeit der Konkurseröffnung zustand, und fährt ohne Rücksicht auf spätere Teilzahlungen in der Vollstreckung fort, bis das Ziel, die vollständige Befriedigung des Gläubigers, erreicht ist. Daß die Forderung wirklich auf den Bürgen übergegangen ist, folgt daraus, daß der Gläubiger im Konkurse nicht mehr erhalten darf, als er außerhalb desselben zu fordern hätte.

§ 7.

Die Geltendmachung des Regreßrechts neben dem Gläubiger.

Es handelt sich, entsprechend den vorstehenden Ausführungen, hier um die Frage, ob der Bürge, der nach Konkurseröffnung eine Teilzahlung an den Gläubiger bewirkt hat, neben diesem sein Regreßrecht geltend machen kann. Voraussetzung für den Anspruch auf Befriedigung aus der Konkursmasse ist ganz allgemein die Tatsache, daß ein bereits zur Zeit der Konkurseröffnung begründeter Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner besteht (§ 3 KO.). Da wir hier zunächst den Regreßanspruch auf Grund des gesetzlichen Eintrittsrechts in die Stellung des Gläubigers behandeln wollen, erledigt sich für uns die Streitfrage, ob der Regreßanspruch des Bürgen schon zur Zeit der Konkurseröffnung begründet war. Denn der Bürge macht ja die Forderung des Gläubigers geltend, die schon vor

Konkurseröffnung bestand, aber erst nach diesem Zeitpunkt auf den Bürgen übergegangen ist. Der § 3 KO. betrifft aber nur die Notwendigkeit der Existenz der Konkursforderung zur Zeit der Konkurseröffnung, eine später erfolgte Rechtsnachfolge ändert an ihrem Charakter als Konkursforderung nichts.[2])

Eine andere Frage aber ist, ob der Bürge berechtigt ist, seinen Regreßanspruch als Konkursforderung neben dem Gläubiger geltend zu machen. Diese Frage ist ebenso wie die oben im § 4 aufgeworfene Frage zu verneinen, und zwar auch aus denselben Gründen. Aber abgesehen davon, ist hier noch ein anderer Grund von Bedeutung, über den in Rechtslehre und Rechtsübung lebhafter Streit herrscht.

Die preuß. Konkursordnung von 1855 hatte in den §§ 86, 87 die Grundsätze eingeführt, daß der Gläubiger, der mehrere Solidarschuldner hätte, in jedem Konkurse für seine volle zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Forderung Konkursdividende beanspruchen könnte ohne Rücksicht auf Teilzahlungen, welche dem Gläubiger nach Konkurseröffnung von seiten eines Mitverpflichteten geleistet würden, und ferner, daß neben diesem Dividendenbezuge des Gläubigers der Mitverpflichtete Befriedigung seiner Regreßforderung aus der Konkursmasse nicht beanspruchen könnte. Dieses letztere Prinzip[2]) wurde in den Fällen nicht anerkannt, in denen der Regreßberechtigte seinen Regreßanspruch nicht lediglich auf das Eintrittsrecht, sondern auf ein zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehendes Rechtsverhältnis stützen konnte. Dies galt besonders für die sogen. Gefälligkeitsakzepte, vgl. die Entscheidungen des preuß. Obertribunals in Striethorsts Arch. Bd. 41 S. 329, Bd. 43 S. 147.

Im Gebiete des gemeinen Rechts bestand hierüber keine ausdrückliche Vorschrift. Es galt aber in der Theorie und Praxis der Grundsatz, daß Haupt- und Regreßforderung im Konkurse nur als eine einheitliche[3]) Forderung in Betracht kommen könnten, und man unterschied nicht, ob der Regreß-

---

[1]) vgl. ERG. Bd. 3 S. 40.

[2]) vgl. ERG. Bd. 14 S. 173.

[3]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 27 S. 454; vgl. Schweppe S. 65, 7 Nr. 5, S. 67 Nr. 2.

anspruch nur auf dem Eintrittsrechte oder auf einem internen Rechtsverhältnis zwischen dem Regreßberechtigten und dem Regreßpflichtigen beruhte.

Das heutige Recht gibt über diese Frage keine ausdrückliche Bestimmung. Nur in den Motiven[4]) ist diese Frage berührt; es heißt da, soweit es hier in Betracht kommt: „Der Rückgriff fällt zweifellos fort, soweit der Gläubiger aus der Masse Zahlung erhält ..., insoweit als der Rückgriff auf einem Eintritt in die Rechte des Gläubigers beruht. Denn wiewohl dessen Befriedigung nur nach den Kräften der Masse erfolgt, ihr gegenüber ist die Forderung konsumiert. Das folgt aus allgemein gültigen Rechtssätzen von selbst, dazu bedarf es nicht einer besonderen Bestimmung".

Die Ausführungen der Motive beruhen somit auf dem richtigen Grundsatze, daß die Hauptforderung und der Regreßanspruch der Konkursmasse gegenüber eine einheitliche ist, und daß für eine Forderung immer nur einmal die volle Konkursdividende zu zahlen ist. Um ein Beispiel anzuführen: Der Gläubiger A hat gegen den B ein fällige Darlehensforderung von 30 000 Mk., wofür sich der Bürge C bis zur Höhe von 10 000 Mk. verbürgt hat. Der Schuldner gerät in Konkurs, und der Bürge C zahlt nach Konkurseröffnung die 10 000 Mk. an A. Dann kann A in dem Konkurse Konkursdividende für die ganze Forderung von 30 000 Mk. beanspruchen. Könnte der Bürge für seinen Regreßanspruch von 10 000 Mk. neben dem Gläubiger ebenfalls Konkursdividende beanspruchen, so würde derselbe Posten von 10 000 Mk. zweimal bei der Verteilung der Dividende berücksichtigt werden; das erste Mal, insofern die 10 000 Mk. bereits in den 30 000 Mk. enthalten sind, das andere Mal als selbständiger Posten zugunsten des Bürgen. Für die Konkursmasse wäre dann nicht eine Forderung von 30 000 Mk., sondern von 40 000 Mk. vorhanden, auf die bei 60 % Dividende nicht 18 000 Mk., sondern 24 000 Mk. entfielen, oder anders ausgedrückt: auf dieselbe Forderung von 30 000 Mk. entfielen nicht 60 %, sondern 80 %. Dieses Ergebnis aber kann nicht richtig sein. Denn

[4]) Mat. S. 263.

der Schuldner kann außerhalb des Konkurses nie in die Lage kommen, für dieselbe Schuld an den Hauptgläubiger und den Bürgen zahlen zu müssen,[5]) er hat dieselbe Schuld entweder an den Gläubiger oder an den Regreßberechtigten zu zahlen. Die Konkurseröffnung kann daran nichts Wesentliches ändern, sie kann keine Verdoppelung der Forderung zur Folge haben.[6]) Da nun Gläubiger und Bürge dieselbe Forderung gegen die Konkursmasse haben, und da die Masse dieselbe Forderung nur einmal zu berücksichtigen braucht, folgt daraus, daß einer von beiden zurücktreten muß. Daß dies der Bürge als der „Schlechterberechtigte" sein muß, ergibt die Kollisionsklausel[7]) des § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. Deshalb kann der Bürge für seine Regreßforderung Befriedigung aus der Masse insoweit nicht beanspruchen, als sein Regreßanspruch schon in und mit der Hauptforderung des Gläubigers befriedigt wird.

Macht der Bürge indes einen Regreßanspruch aus eigenem Recht geltend, so kann es zunächst fraglich erscheinen, ob er überhaupt als Konkursgläubiger im Sinne des § 3 KO. anzusehen ist, wenn er erst nach Konkurseröffnung an den Gläubiger eine Teilzahlung bewirkt hat. Denn erst mit der Zahlung ist eine Forderung aus dem Innenverhältnisse entstanden, also erst nach Konkurseröffnung. Derartige Regreßforderungen, die auf einem Rechtsverhältnis beruhen, das schon vor Konkurseröffnung bestand, werden nun aber nach herrschender Lehre im Konkurse als bedingte Konkursforderungen im Sinne des § 67 KO. behandelt,[8]) wenngleich die Bedingung des Rückgriffs — seine Zahlung an den Gläubiger — erst nach Konkurseröffnung eingetreten ist.

Bezüglich der Geltendmachung dieses Regreßanspruchs neben dem Gläubiger ist in den Motiven[9]) folgender Standpunkt vertreten: Der Bürge kann auch neben dem Gläubiger, der für seine volle Forderung befriedigt wird, Regreß gegen die Masse nehmen, wenn sein Rückgriffsanspruch auf

---

[5]) vgl. ERG. Bd. 14 S. 175.
[6]) vgl. ROHG. Bd. 14 S. 317.
[7]) vgl. Roth S. 58.
[8]) vgl. Petersen § 67 Anm. 5.
[9]) Mat. S. 163.

einem selbständigen Rechtsverhältnis (z. B. Auftrag) beruht. Wörtlich heißt es in den Motiven: „Wenngleich der Gläubiger für seine Forderung aus der Konkursmasse Befriedigung gesucht hat, muß aus derselben dem Bürgen oder Mitschuldner für dessen Forderung aus dem Mandatsverhältnis Schadloshaltung gewährt werden für das, was er infolgedessen dem Gläubiger hat zahlen müssen. Dies erfordern alle Rechtssysteme, und selbst angesichts der §§ 86, 87 Abs. 3 preuß. KO. hat dies die preußische Judikatur in bezug auf sogen. Gefälligkeitswechsel angenommen. Weder in diesen noch in andern derartigen Fällen darf man den Rücktrittsberechtigten lediglich auf einen Eintritt in die Rechte des Gläubigers mittels Befriedigung desselben verweisen".

Dieser Standpunkt der Motive ist aber nicht zu billigen, denn er ist unvereinbar mit dem Prinzip des § 68 KO., der es dem Gläubiger gestattet, seine zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Forderung in voller Höhe ohne Rücksicht auf spätere Teilzahlungen geltend zu machen, in Verbindung mit dem anderen Grundsatze, „daß die Forderung des Hauptgläubigers und die Regreßforderung des Mitverpflichteten, soweit sie die nämlichen Forderungsbeträge treffen, dem Hauptschuldner gegenüber nur als eine einheitliche Forderung in Betracht komme".[10])

Jedoch hat auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung v. 29. 10. 1881[11]) die Ansicht vertreten, daß die auf einem Rechtsverhältnis zwischen dem Mitverpflichteten und dem Schuldner beruhende Regreßforderung des ersteren „den Charakter einer von der betreffenden Schuld unabhängigen, nur durch Tilgung der Schuld seitens des Mitverpflichteten bedingten Forderung habe", und hat in diesem Falle den Regreßberechtigten neben dem Gläubiger zum Konkurse zugelassen. Aber bereits in der Entscheidung v. 24. 4. 1883[12]) und vor allem in der Entscheidung der vereinigten Zivilsenate v. 15. 2. 1886[13]) hat das Reichsgericht überzeugend dargelegt, daß die Regreßforderung

[10]) vgl. ERG. Bd. 14 S. 174ff.
[11]) vgl. ERG. Bd. 7 S. 82.
[12]) vgl. ERG. Bd. 9 S. 76.
[13]) vgl. ERG. Bd. 14 S. 172ff.

des Mitverpflichteten zwar auch eine Konkursforderung sei, daß sie aber, selbst wenn sie auf selbständigem Rechtsgrunde beruhte, nicht neben der vollen Forderung des Hauptgläubigers geltend gemacht werden könnte, da sie bereits mit letzterer ihre Befriedigung erhalte. Seitdem ist die Rechtsprechung der obersten Gerichte eine ständige; vgl. ERG. Bd. 32 S. 87, Bd. 37 S. 3, Bd. 42 S. 35; JurW. 1900 S. 194 Nr. 11; im Recht 1905 Nr. 1445; im Bankarchiv Bd. 7 S. 380 Nr. 6; JurW. 1903 S. 242 Nr. 28; ERG. Bd. 58 S. 373. Auch in der Literatur herrscht jetzt hierüber fast Einhelligkeit; vgl. Seuffert S. 53; Hellmann S. 218; Kohler S. 202; Jaeger § 67 Anm. 5; Sarwey § 67 Anm. 2; Goldschmidt in der Zeitschr. f. HR. Bd. 14 S. 404 ff., in Jherings Jahrb. Bd. 26 S. 379 ff.

Nur in einem Falle ist es denkbar, daß der Bürge neben dem Gläubiger aus der Konkursmasse etwas zu seiner Befriedigung erhält. Hat der A z. B. gegen den B eine Darlehensforderung von 30000 Mk., und hat sich dafür der C in Höhe von 20000 Mk. verbürgt, so meldet, wenn B in Konkurs geraten ist, der A seine ganze Forderung von 30000 Mk. an. Leistet nach Konkurseröffnung der Bürge C an A die 20000 Mk., so braucht A diese Zahlung von der angemeldeten Forderung nicht abzuziehen. Er erhielte, wenn 60 % zur Verteilung kämen, auf seine 30000 Mk. = 18000 Mk., dies ergäbe mit den vom Bürgen geleisteten 20000 Mk. = 38000 Mk., also 8000 Mk. mehr, als er zu fordern hätte. Infolgedessen hört für den Gläubiger der Dividendenbezug auf, sobald er völlig befriedigt ist, also aus der Masse 10000 Mk. erhalten hat. Für den Rest nun von 8000 Mk. wird man m. E. dem Bürgen das Recht gewähren müssen, auf Grund seines Regreßrechts in die Stellung des Gläubigers einzutreten und an seiner Stelle Dividende so lange zu beziehen, bis auf die volle Forderung einmal Konkursdividende gezahlt ist. Dies entspricht auch durchaus der Billigkeit. Denn zunächst ist der Gläubiger vollständig befriedigt, er kann also durch das Eintrittsrecht des Bürgen nicht mehr benachteiligt werden, sodann braucht die Masse die eine Forderung auch nur einmal zu befriedigen; es wird also die par conditio credi-

torum nicht verletzt, und schließlich wird dem Bürgen auf diese Weise, wenn auch nur zum Teil, ersetzt, was er an den Gläubiger hat leisten müssen.

Dieser obenerwähnte Fall wird stets eintreten, wenn der Bürge nach Konkurseröffnung an den Gläubiger mehr geleistet hat, als sonst der Ausfall des Gläubigers betragen hätte, oder in einer Formel ausgedrückt, wobei mit qu die Konkursquote bezeichnet werden soll, wenn der Bürge mehr als (100—qu) % der angemeldeten Forderung gezahlt hat.

Viertes Kapitel.

Die Rechte des Bürgen gegen die Konkursmasse des Hauptschuldners bei noch nicht erfolgter Zahlung.

Es ist nun noch der Fall zu untersuchen, daß der Bürge noch nichts an den Gläubiger gezahlt hat. Ein Rückgriffsrecht kann der Bürge dann gegen die Konkursmasse natürlich nicht geltend machen. Sei es, daß der Gläubiger vorerst den Bürgen gar nicht in Anspruch nimmt, und daß er seine volle Forderung nur im Konkurse des Hauptschuldners anmeldet, sei es, daß er seine Forderung auch nicht einmal im Konkursverfahren geltend macht, für den Bürgen steht stets zu befürchten, daß er hinterher an den Gläubiger leisten muß, für den Ausfall oder sogar für die volle Forderung. Kann wegen dieser künftig noch zu leistenden Zahlung der Bürge irgendwelche Rechte gegen die Konkursmasse geltend machen?

Nach der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts[1]) war es dem Bürgen gestattet, seinen eventuellen Regreßanspruch, bevor er den Gläubiger befriedigt hatte, im Konkurse anzumelden.[2]) Dies konnte jedoch nach allgemeinen Grundsätzen auch nur für den Fall gelten, daß sich der Gläubiger am Konkurse nicht beteiligte. Denn insoweit war dann die Liquidation des Bürgen keine kumulative und darum unzulässige.[3])

Dagegen bestimmte die preuß. Konkursordnung in § 86 Abs. 2 ausdrücklich: „Dagegen können sie (Mitschuldner oder Bürgen) insoweit, als die Forderung noch unbezahlt ist, keinen

[1]) vgl. Mat. S. 262; vgl. Goltdammer S. 222.
[2]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 181.
[3]) vgl. Dabelow S. 536.

Anspruch auf Ersatz der von ihnen für den Gemeinschuldner auf die Forderung künftig noch zu leistenden Zahlungen liquidieren; vielmehr sind sie nur berechtigt, mittels Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte gegen die Masse einzutreten". Diese Vorschrift hielt man jedoch für den Fall unpassend, wo der Gläubiger nicht liquidierte[4]): Dieser § 86 Abs. 2 verbiete nicht, daß der Bürge diejenigen Geldansprüche, die er vermöge eigenen Rechts aus dem Bürgschaftsverhältnis schon vor Befriedigung des Gläubigers gegen den Schuldner geltend zu machen befugt sei (vgl. ALR. I, 14 § 357), im Konkurse eines Schuldners liquidiere.[5])

Die heutige Konkursordnung enthält auch über diese Frage keine ausdrückliche Bestimmung. Nach § 3 ist jedoch allgemeines Erfordernis für die Teilnahme am Konkurse das Bestehen einer Forderung gegen den Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung. Eine solche Forderung hat aber der Bürge, bevor er an den Gläubiger gezahlt hat, noch nicht erworben, deshalb könnte von einer Beteiligung am Konkurse des Hauptschuldners nicht die Rede sein. Der § 3 KO. erfordert indes nur das Bestehen der Forderung. „Deshalb[6]) kann eine solche auch dann im Konkursverfahren verfolgt werden, wenn sie noch nicht fällig ist oder ihrem Betrage nach erst später festgestellt wird, oder wenn sie nur unter einer Bedingung besteht." Ein Hauptfall dieser bedingten Forderungen im Sinne der §§ 3, 67 KO. bilden die Regreßansprüche der Mitschuldner und Bürgen, wenn für die Bürgen zwar ein Rückgriffsrecht bereits vor Konkurseröffnung begründet ist, die Bedingung des Rückgriffs dagegen erst nach Konkurseröffnung eingetreten ist.[7]) Bedingung ist seine später erfolgende Zahlung an den Gläubiger. Von einer solchen bedingten Forderung kann aber nur dann die Rede sein, wenn dieselbe aus einem Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner entspringt. Beruht das Regreßrecht nur auf dem gesetzlichen Übergange der Forderung,

---

[4]) vgl. Koch § 86 Anm. 68.

[5]) vgl. Goltdammer S. 222 Anm. 2.

[6]) vgl. Petersen-Kleinfeller § 3 Anm. 8.

[7]) vgl. Petersen-Kleinfeller § 67 Anm. 5.

so besteht für den Bürgen, ehe er dem Gläubiger gezahlt hat, überhaupt kein, auch kein bedingtes oder eventuelles [8]) Recht gegen den Hauptschuldner. Denn es ist nicht möglich, daß neben der unbedingten Forderung des künftigen Zedenten schon jetzt die gleiche Forderung für den künftigen Zessionar als bedingte bestände.[9]) Die Frage aber, ob sich der Bürge mit seiner bedingten Regreßforderung neben dem Gläubiger, welcher seine volle Forderung im Konkurse geltend macht, beteiligen darf, ist ebenso wie in Kapitel 3 zu verneinen, und zwar aus denselben Gründen. Denn dann ergäbe sich dasselbe Resultat, daß aus der Konkursmasse für dieselbe materielleinheitliche Forderung zweimal Dividende verlangt würde. Indessen ist der Bürge, wenn sich der Gläubiger im Konkurse noch nicht gemeldet hat, berechtigt, seine bedingte Regreßforderung anzumelden; denn aus der Anmeldung allein kann für die Masse niemals ein Nachteil entstehen. Die Regreßforderung ist in diesem Falle noch von einem zweiten Umstande bedingt, nämlich dem, daß sich der Gläubiger mit seiner Forderung bis zur Schlußverteilung nicht gemeldet hat. Hat sich bis zu diesem Zeitpunkt der Gläubiger an dem Konkursverfahren beteiligt, so ist diese Bedingung ausgefallen, und die Regreßforderung des Bürgen kann nun nicht mehr berücksichtigt werden. Andernfalls wird die bedingte Forderung bei der Schlußverteilung, wenn bis dahin die andere Bedingung, nämlich die Zahlung des Bürgen an den Gläubiger, noch nicht eingetreten ist, nicht mehr berücksichtigt, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat (§ 154 KO.).

Eine Sicherung der künftigen Regreßforderung des Bürgen ist aber stets dann ausgeschlossen, wenn sich auch der Gläubiger mit seiner Hauptforderung am Konkursverfahren beteiligt, und auch dann, wenn das Regreßrecht nicht auf einem Innenverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner, sondern nur auf dem gesetzlichen Eintrittsrecht des Bürgen in die Stellung des Gläubigers beruht.

---

[8]) vgl. Sarwey § 67 Anm. 2.
[9]) vgl. Oetker S. 170.

Schlußwort.

Wir haben gesehen, daß der Bürge für seine Regreßforderung neben dem Gläubiger Befriedigung aus der Konkursmasse in der Regel nicht verlangen kann. Die Gründe dafür sind verschieden, je nachdem, ob die Teilzahlungen vor oder nach Konkurseröffnung erfolgt sind, und sie berücksichtigen bald den Gläubiger, bald den Hauptschuldner bezw. die Konkursmasse. Nur in einzelnen Fällen ist es dem Bürgen möglich, neben dem Gläubiger etwas aus der Masse zu erhalten. In den übrigen Fällen kann sich daher der Bürge erst nach Konkursbeendigung an den Gemeinschuldner halten. Während des Verfahrens kann er weder aus der Masse noch aus dem konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners durch Einzelexekution Befriedigung suchen, da er ja Konkursgläubiger ist (vgl. §§ 3, 12, 14 KO.). Die Stellung des Bürgen ist somit keine günstige, entspricht aber der Billigkeit. Denn ist der Hauptschuldner in Konkurs geraten, so sind Verluste der Beteiligten unvermeidlich, und die Frage, ob der Gläubiger oder der Bürge diese Verluste tragen muß, ist in letzterem Sinne zu beantworten. Das folgt aus dem Wesen und dem Zweck der Bürgschaft.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 31. Januar 1889 wurde ich, Kurt Sicker, in Neustadt i. Schl. geboren als Sohn des Schlachthausdirektors Heinrich Sicker und seiner Ehefrau Monika geb. Heinisch. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Im Jahre 1899 trat ich in das Kgl. Gymnasium zu Neustadt i. Schl. ein, das ich Ostern 1908 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar das erste Semester in Heidelberg, das zweite in Breslau, das dritte in München und die drei letzten Semester wieder in Breslau. Hier bestand ich am 16. Oktober 1911 die erste juristische Staatsprüfung und am 15. Dezember 1911 das Rigorosum. Zurzeit bin ich als Referendar am Kgl. Amtsgericht Lewin, Kreis Glatz, beschäftigt.